

POR PARTE DE IVAN ALVAREZ DE San Martin, vezino desta ciu dad de Granada.

EN EL PLEYTO

Con don Diego de Castilla, vezino della: se suplica a V. m. considere lo siguiente.

En Granada, en casa de Frãcisco Heylã, Impressor de la Real Chãcilleria. Año de 1631.



O primero, que en seys de Mayo del año passado de 1562. Iuã Hurtado, vezino desta Ciudad, vendio por juro de heredad a Benito Suarez, suegro de Juan Aluarez vna heredad de treynta marjales en el pago del Zaydin, con cargo de dos cẽsos redimibles, vno al Monasterio de la Encarnacion, y otro a Gaspar de Auila, sin carga, ni grauamẽ de otro censo perpetuo, cuya escritura está presentada por el dicho Juan Aluarez en este pleyto, y no consta que esta heredad aya sido del dicho don Diego de Castilla, ni estar en el pago de Daralgazi.

Lo segundo, que por el año passado de 1575. Benito Suarez, suegro del dicho Juã Aluarez, otorgò vna escritura de reconocimiento de vn censo perpetuo emphyteosi, en fauor de dõ Diego de Castilla, que declara estar impuesto sobre vna huerta en el pago del Zaydin, en reconocimiento que la propiedad es del dicho don Diego, y que la ha tenido a censo perpetuo del susodicho, y por esso le reconoce y paga dos mil y seysciẽtos y treynta y siete marauedis y medio, y se obliga de guardar y cumplir la escritura, decima, y comisso del censo principal de donde emanuo esta deuda.

Lo tercero, que por el año siguiente de 1608. el dicho Juan Aluarez de San Martin, auiendo sucedido en la dicha huerta, por muerte del dicho Benito Suarez su suegro, hizo otro reconocimiento del mismo censo, y dize lo haze por razon del riego, en fauor del dicho don Diego de Castilla, que auia sucedido en los bienes, derechos, y acciones de don Diego de Castilla su tio.

Lo quarto se presupone, que el dicho Benito Suarez en virtud del dicho reconocimiento que hizo, fue pagando los reditos del dicho censo, y de la misma suerte el dicho Juan Aluarez desde el dicho su reconocimiento, fue tambien pagando los reditos, hasta que

ta que por el año passado de 1628. tuuo noticia que no auia impuesto sobre la dicha huerta del Zaydin el censo perpetuo que el dicho su suegro auia reconocido el dicho año de 1575. y que auia otorgado el dicho reconocimiento por error, sugestion, y engaño, y que el mismo auia tenido el dicho Juan Aluarez en el otorgamiento de su reconocimiento, ad quod est habuit iustam causam ignorantiæ, quia in ius successit alterius, vulgata iuris regula.

Lo quinto se presupone, que auiendo el dicho dō Diego de Castilla executado al dicho Juan Aluarez de San Martin, por el año passado de 1628. por los corridos del dicho año, se opuso a la execucion, y alegó, que no auia tal censo impuesto sobre la huerta que el susodicho possee, porque está en el pago del Zaydin, y el censo, porque el dicho dō Diego de Castilla executaua, era del pago de Daralgazi, que es pago diferēte, distinto, y apartado del pago del Zaydin, donde està la huerta del dicho Juan Aluarez, y que los reconocimientos que hizieron el dicho Iuan Aluarez, y Benito Suarez su suegro, fueron hechos por error, y que se remitian a la escritura principal de la dacion del dicho censo, y pidio ante la justicia inferior le mādasse que la exhibiesse: y hizo deposito del principal del censo, y corridos, por mandado de la justicia, la qual mandò que exhibiesse el dicho titulo primitiuo del censo porque executaua, y que no corriesse mas el censo; sobre que se proueyeron muchos autos, en que se le mandaua exhibiesse el dicho titulo, que se notificaron en persona al dicho don diego de Castilla, y de ninguno dellos apelò, los quales pretēde el dicho Iuan Aluarez auer passado en cosa juzgada.

Lo sexto, que despues de auer passado lo referido, el dicho don Diego de Castilla presentò en el dicho pleyto vna escritura, que dize es la primitiua, y principal de la imposicion del dicho censo, porque executaua, la qual està otorgada por Luys Fernandez

Delga-

Delgado, y dize, que està en el pago de Daralgazi, de veynte y seys margales, y tres ochauas, llamada la haza del Borge, linde con Diego de Chinchilla, y con los herederos de Iuan de Aranda, por 2U677. marauedis y medio en cada vn año, en el dicho pago, cerca de la qual haza se aduierte que jamas la han tenido, ni posseydo Benito Suarez, suegro de Iuan Aluarez, ni el dicho Iuan Aluarez su yerno.

Y assimismo el dicho don Diego de Castilla ha presentado vn reconocimiento hecho por Iuan Gomez de Auila de vn censo que el dicho don Diego de Castilla auia dado al dicho Luys Fernandez Delgado, en el mismo pago de Daralgazi.

Y tambien ha presentado en el dicho pleyto otra escritura de reconocimiento, hecha por Iuã Gomez de Auila, en fauor del dicho don Diego de Castilla de veynte y seys marjales y tres ochauas, llamada la haza que dizen del Borge en Daralgazi, linde con Diego de Chinchilla, y cõ los herederos del Alcayde Juan de Aranda, por 2U637. marauedis y medio, que es la propia que por parte del dicho don Diego de Castilla se dio al dicho Luys Fernandez Delgado, que en nada conuino con la del dicho Iuan Aluarez, porque es en el pago del Zaydin, y diferentes linderos pago, y margales, y diferente cantidad del censo, y reditos. Todos los quales reconocimientos concuerdan con la escritura presentada por el dicho don Diego, que dize es la primitiua del censo, porque va executando al dicho Iuan Aluarez, no conuiniendo en nada con los dichos reconocimientos hechos por el dicho Iuan Aluarez, y su suegro.

Lo vltimo se presupone, que por parte del dicho Iuan Aluarez se presentò lo primero vn testimonio de las huertas, heredades, y tierras que dieron a censo don Sancho de Castilla y sus predecessores, que estan todos en Daralgazi, y algunos a dineros, y por bienes los hazian perpetuos con dezima y comisso, siendo como eran dados por dineros, y los registros del

dicho

dicho escriuano, consta por el dicho testimonio es-
tar rotos y faltos, y sin abecedarios, y en el mismo
testimonio consta del censo que por parte del dicho
don Diego de Castilla se diò a censo a Luys Fernan-
dez Delgado en el pago de Daralgazi, de sesenta y dos
marjales por 6U324. marauedis, en 4. de Nouiembre
de 1518. años.

Y assimismo presentò el susodicho en el dicho pley
to ordinario la merced que los señores Reñes dõ Fer-
nando y doña Ysabel hizieron a don Sancho de Cas-
tilla del heredamiento de Daralgazi en tres de Março
de 1494. años, que los dichos señores Reyes lo huuie-
ron de la Reyna mora, madre del Rey Muley Audali
cuyo era, de quien lo compraron los señores Reyes.

Este hecho, presupuesto Juan Aluarez de San Mar-
tin, pretende, que los reconocimientos de su suegro
y suyo se han de dar por ningunos, y por libre su huer-
ta del Zaydin, del censo de los 2U618. marauedis que
sobre ella pretende tener el dicho don Diego de Ca-
stilla, sin embargo de los dichos reconocimientos, y
de la possesion que el dicho don Diego de Castilla,
y don Diego de Castilla su padre, y don Sancho de
Castilla su abuelo pretenden auer tenido de cobrar
los reditos. Y la justificacion de la pretension de Juã
Aluarez, resultarà de las respuestas a los fundamentos
en que pretende apoyar su justicia el dicho don Die-
go de Castilla: tiene pues dos fundamentos el dicho
don Diego de Castilla.

El primero, los reconocimientos de Benito Sua-
rez, y de Juan Aluarez, porque son dos escrituras pu-
blcas y autenticas que de derecho traen aparejada exe
cucion, l.&2. & l.21.tit.2 lib. 4.recop.

El segundo es, la possession en que ha estado el di-
cho don Diego de Castilla y sus antecessores de co-
brar los reditos del dicho censo, desde el reconoci-
miento del dicho Benito Suarez, que fue por el año
de 1575. hasta que murio, y el del dicho Iuan Aluarez,
que vienen a ser cincuenta y cinco años, con el qual

transcurso de tiempo, pretende tener derecho adquirido, para la sustancia y validacion del dicho censo se reformarán dos articulos.

PRIMVS ARTICVLVS.

¶ Al primero fundamento de don Diego de Castilla, que son los dichos dos reconocimientos; respõde Iuan Aluarez en las maneras siguientes.

Lo primero, que el dicho don Diego de Castilla no tiene la escritura de censo sobre la dicha huerta, a que se refieren los dichos reconocimientos, porque estos se refieren a la escritura primitiua del dicho censo, y esta no la ay, porque si la huuiera, la huuiera exhibido auiendole sido mandado por tantos autos, y no lo es la que aora ha presentado el dicho don Diego, por no tener conueniencia ninguna con la huerta contenida en los dichos reconocimientos: sunt enim penitus diuersa, quod euidenter ostenditur.

Lo primero, porque se diferencian, como queda dicho, en los pagos, porque la huerta de Iuan Aluarez està en el Zaydin, y la relacion de los reconocimientos y pretensiones de don Diego son en Daralgazi.

Lo segundo, se diferencian en los linderos.

Lo tercero, en el capital del censo, y no constando de la escritura primitiua del censo a la qual correspõdan los dichos reconocimientos, y siendo tan diferente la presentada quedan conuencidos de error, & penitus eneruados los dos reconocimientos que la refieren: quia cùm relatum sit in referente cũm omnibus suis qualitatibus, vt in authẽtico si quis in aliquo documento, C. de fide instrum. non constito de instrumento relato nihil valet instrumentum referens, y claro està que no consta de la verdad de lo que se quiere prouar el dia que la escritura que se presenta por titulo primitiuo del censo es diferente de la que se refiere por los dichos reconocimientos: quinimo sunt primo diuersa, & in nulla conuenientia, con los

dichos

dichos reconocimientos, nec secundum veritatem, nec similitudinarie, & ita non probant, quod suadetur seqq.

Lo primero, quia relationis natura est id refferre, quod est propriê, & verê tale iuxta Detij sententiam, conf.362. & conf.467. Iacobus Berreta, conf.74. & num.34. Craueta, conf. 987. num. 95.

Lo segundo, ex regula vulgatissima: quod relatũ est in referente cum omnibus suis qualitatibus, & cõditionibus verè, & propriê, & per viam expressi, vt docet Baldus, conf.212. lib.5. Tiberius Decian. conf. 497. num.3. sub conf.339. lib.2. Ripa, in l. ait Prætor, §. si iudex, in principio, ff. de re iudic. Paris. conf.122. n.5. lib.1. y no cõstando de la escritura primera del censo, a que se refieren los dichos reconocimientos, es como sino se huuieran otorgado.

Lo tercero, porque en esta materia, de tal manera se han de auer las escrituras referentes, con las escrituras referidas, que han de contener lo mismo, & in nullo diuersificari esset enim absurdum, maximũ quod quis consequeretur plus ex instrumento referente, quam ex scriptura relata cõsequi potuisset, l. si in diẽ, §. final, & ibi Bart. ff. de condit. & demonst. Aretin. conf.110. nu.1. non enim potest contineri plus in termino referente, quã in termino relato, iuxta Jasonis sententiam, in l.1. nu.15. ff. de condit. indebiti, Corset. singulari 198. Socin. iun. conf.128. n.253. lib.1. & Socin. senior, conf.53. nume.9. lib.1. cum igitur. La escritura presentada por el dicho don Diego de Castilla en nada conuenga con los dichos reconocimientos, y cõtengan cosas tan diuersas, y diferente, y ninguna idẽtidad no es justo querer executar los dichos reconocimientos en la huerta del dicho Juan Aluarez, que està en el Zaydin, en virtud de reconocimiẽtos que se refieren a la escritura primitiua del censo, que no parece, y que la que se ha presentado por el dicho dõ Diego de Castlla, està impuesto el censo sobre huerta del pago de Daralgazi, el susodicho no la à tenido, ni se

ni se puede verificar lo que en la dicha escritura nueuamente presentada se refiere, nec per similitudinẽ, nec dûm secundum veritatem, y mas en esta materia donde es comun resolucion, y sentencia de los Doctores indubitada, relationem debere esse propiam & veram, & propié & verê esse accipiendam ad eius substantiam & validationem: ita vt fiat quantum ad omnia, & non suficit quod fiat, quantum ad aliqua, & per similitudinem, l. Julian. vbi gloss. Bald. Paul. de Castr. & cæteri, Bart. in l. re coniuncti, num. 9. ff. de legat. 3. Bald. Corset. Det. & Alex. quos sequitur Crauet. consf. 987. n. 59.

Lo quarto, porque tambien enseña esto con euidencia la mesma naturaleza de la relacion que siempre se entiende, que refiere debaxo de la misma essencia, sustancia y forma, y con las mismas condiciones y calidades que se han de contener y hallar en las escrituras primitiuas, a que se refieren, y en ellas se han de hallar expressadas como estan en las escrituras referentes, ita Bald. cons. 331. lib. 5. Ruin. cons. 93. nu. 13. lib. 2. De tal manera, que la relacion se ha de hazer de todo, y a todo se ha de referir, l. prior, vbi Bartul. & Bald. ff. soluto matrim. l. asse toto, ff. de hæred. instit. Aretin. Bart. Imol. Ancharr. Bocin. Det. & Alex. quos sequitur Crauet. d. cons. 987. n. 60.

Contra lo qual no obstarà dezir por parte de don Diego de Castilla, que los reconocimientos de los censos prejudican a los que los reconocen, como lo resueluen Guidon Papa, Guillelmo, Alciato, Anton de Padilla, Aluaro Velasco, Folerio, y otros, a quien refiere y sigue Felician. de Solis, lib. 3. cap. fin. num. 4. in princip. Bursat. cons. 27. nu. 9. & 10. volum. 1. Achuiles Pedroch. cons. 39. numer. 162. a quien tambien refiere Auendañ. de censib. cap. 99. num. 5.

Porque se responde, que la dicha resolucion es falsa, y assi la llama Auendaño, d. num. 5. y dà la razon, diziendo, que la formacion del censo ha de constar de titulo verdaderissimo de su creacion, y constitucion,

y de

y de escritura, vt infra dicetur, y que el reconocimiento no es titulo, sino prouança, iuxta sententiam Pauli Castr. in l. publici, §. fin. ff. de positi, Alciati etiã responsorum, lib. 6. resp. 6. Aluari Vaez, de iure emphyt. q. 8. num. 18. la misma resolucion siguiô Rodriguez, de annuis reddit. q. 10. num. 9. lib. 1. quam idem Auẽdañ. latè exornauit per plures numeros, vsque ad finem capitis: y esta resolucion procede indubitablemente, quando consta por prouãça de testigos, o por escrituras auerse otorgado por error los reconocimientos, como si se prouasse ser diferentes, y diuersos los limites y mojones, porque entonces no se prueua ser censual la possesion, aunque el reconocimiento aya sido repetido por muchos posseedores de la cosa: como lo resuelue el mismo Auendaño, vbi supra, nu. 8. ibi: *Sed hoc erit limitandum quando ex scriptura censuali, vel aliter ex probatione legitima constaret rem illam, cuius occasione census præstatur, vel recognitio, vel plures recognitiones factæ à censu liberam esse, vt quia ex limitibus, seu confinibus diuersam esse appareat, tunc enim recognitio erronea, etiam repetita à pluribus eiusdem rei censualis possessoribus censualẽ esse non probabitur, nec quidquam, quamuis antiquissima foret ad census creationem probandam, seu obligationem soluendi eum in futurum efficient.* Y esta opiniõ dize, que tienen tambien todos los Doctores que defiẽden, que el reconocimiẽto prejudica al reconociente, y a sus sucessores, porque hablan en reconocimiento no erroneo, sino en el hecho por razon de la cosa censual, como fueron Paulo de Castro, Alciato, Valasco, y Menochio, y lo aduirtio el mismo Feliciano, d. lib. 3. cap. 6. num. 4. vers. Qui omnes, y Rodriguez, lib. 1. q. 19. nume. 8. & 9. y esta es la verdadera resolucion como el mismo Auendaño lo prueua, d. nu. 9. per innumera iura, & DD. y en nuestro caso el error y engaño es euidente, y resulta de la misma escritura presentada por don Diego de Castilla, porque como se refiere en el vltimo presupuesto de el hecho, los reconocimientos dizen, que la huerta sobre que reconocen el

 cen-

censo està en el pago del Zaydin, y la dicha escritura en que funda su censo el dicho don Diego de Castilla refiere la huerta en Daralgazi, que son los sitios y pagos distintos y apartados el vno del otro, y los linderos y mojones tambien son diferentes los vnos de los otros, y las cantidades assimismo lo son, por manera que en nada conuienen, y que està prouado, que Iuan Aluarez, ni su suegro no tuuieron jamas huerta, ni possession alguna en Daralgazi, y que la que tiene, que huuo de su suegro està en el Zaydin; y que por el testimonio presentado por Iuan Aluarez consta, que don Diego y don Sancho de Castilla predecessores del dicho don Diego no tuuieron huertas en el Zaydin, y todas las que tuuieron fueron en Daralgazi, y las dio a censo a tadas las personas contenidas en el dicho testimonio.

De donde se infiere auer sido otorgados por error los dichos reconocimientos, y auer faltado en ellos el consentimiēto y voluntad de Iuan Aluarez, y de su suegro; porque no ay cosa mas contraria al consentimiento que el error, l. non id circo, C. de iuris & facti ignor. ibi: *Cum nullus sit errantis consensus*, text. etiam in l. falsa, ibi: *Respondendo, id quod paternum erat ex maternis esse bonis nihil egisti*, C. eod. tit. vbi glos. fin. inquit: *Nihil egisti, quod dominium perdendum, vel mutandum*: in quo sola voluntas non sufficit, & eam sequuntur Bart. Paul. & Iason, & alij, quos refert & sequitur idem Auend. dict. cap. 99. dict. num. 9. y que para otorgar estos reconocimientos aya auido error, se prueua ex seqq.

Lo primero por la escritura de venta (que Benito Suarez suegro del dicho Iuan Aluarez otorgó en seys de Mayo del año passado de 1562. ante Diego de Ribera escriuano publico, que al presente està firmada y signada de Alonso Rodriguez Salinas escriuano publico) presentada en este pleyto, por la qual consta, que la huerta està en el Zaydin, y no en Daralgazi; y que el dicho Juan Hurtado se la vendio al dicho Benito Suarez con cargo de dos censos abiertos, y sin cargo de nin-

ningun perpetuo, el qual si lo tuuiera fuera el primero que se declarara en la dicha escritura, por ser el censo mas graue de todos como perpetuo, y que agraua mas, y q̃ como mas notable auia de estar mas en la memoria de los otorgantes, & ita de no auerse expressado en la dicha venta, se sigue biẽ, que no auia tal censo, quia ea quæ notabilia cẽsentur, vel quæ speciali indigent adnotatione, nisi exprimantur, & notẽtur videntur quasi neglecta, l. item apud Labeonem, §. ait Prætor, vers. Ea enim, ff. de iure iurando, cum similibus, l. vnica, §. sin autem ad deficientis, C. de caducis tollend. cap. inter corporalia, de translat. Episc. & in cap. ad audientiam, de decimis, cum pluribus adductis à Tiraquel. in l. si vnquam, C. de reuocand. donat. cum similibus.

Lo segundo se prueua con la escritura presentada por el dicho Iuan Aluarez, de la merced que los señores Reyes Catolicos hizieron a don Sancho de Castilla del heredamiento de Daralgazi a tres de Março de 1494. en la qual se dize, que la compraron los dichos señores Reyes de la Reyna Mora madre del Rey Muley Audali cuya era, por la qual merced cõsta, que los dichos señores Reyes hizieron merced a el dicho dõ Sancho de Castilla, de las huertas que tenian en el sitio de Daralgazi, y no consta que le huuiessen dado ningunas en el Zaydin, ni que el dicho don Sancho, ni su hijo don Diego de Castilla padre y abuelo de don Diego de Castilla que oy litiga huuiessen tenido por titulo de ninguna otra persona huertas ni heredamientos en el pago del Zaydin: Igitur, bien se sigue por precisa y necessaria consequencia, que los predecessores del dicho don Diego, de quien pretende deriuar su titulo del dicho censo, no tuuieron en el Zaydin huerta ninguna que dar a censo, & ita destructo antecedenti manet destructum, consequens, quia validum est argumentum â destructione antecedentis ad destructionem consequentis, iuxta Baldi sententiã in l. conuenticulam, C. de Episcop. & Cleric. & in l.

l. in

1.in 5.oppositione, C.de fideicommis. cum in numeris congestis à Nicolao Euerardo, in centuria locorũ in loco à destructione antecedentis, ad destructionẽ consequentis, & in loco à destructione consequẽtis, ad destructionem antecedentis.

Confirmantur supra dicta, porque como el reconocimiento obra, que su disposició nõ stet de per se, principaliter etiam si habeat verba separata, sed vti cõsequutiua ad dispositionem relatam restringitur, ad eam tradit Anton. à Petra, de fideicommis. q. 6. num. 22. & 41. & q. 11. num. 549. Alex. cons. 59. colum. fin. lib. 3. Ruinus, cons. 102. numer. 2. & seq. lib. 2. Cephal. cõs. 636. num. 32. tradit eleganter & copiosè Alex. Ludouisius, decis. 433. num. 14. & in annotatione, litera B. plura congerit. Y para que tenga fuerça la escritura referente, no se ha de atender a ella, sino a la referida, l. si ita scripsero, ff. de cond. & demonstrat. d. Authentic. siquis in aliquo documento, C. de ędendo, cap. Abb. de verborum significat. Parisius, cons. 94. num. 22. lib. 1. y quando la escritura referente habla diferentemẽte de la referida, hase de mirar, y tener atencion a la escritura referida, iuxta sententiam Castrensis, Aretini, Alex. quos cumulauit eleganter Petrus Surd. cons. 313. num. 50. idem Alexand. Ludouis. decis. 139. num. 1. cũ seqq.

Y siendo esta doctrina de derecho tan cierta, e indubitada, es preciso, que en el caso deste pleyto se aya de acudir a la escritura presentada por el dicho don Diego de Castilla; conforme a la qual, y por el tenor della no se hallará censo impuesto sobre la huerta de Juan Aluarez en el Zaydin, y se ha de buscar, e inquirir, si Juan Aluarez tiene alguna en Daralgazi, donde es cierto que no la tiene, ni se hallará que el susodicho ni su suegro la ayan tenido: y assi corre muy bien en su fauor auer el susodicho y su suegro otorgado por error los dichos reconocimientos: porque quando constat aliter contineri in scriptura relata, quam sit expressum in referente, illa expressio præsumitur ab

errore

errore præcessisse, ita Alexand. cons. 9. sub num. 12. lib. 5. Detius, cons. 63. sub num. 16. vers. Et licet, referens, Ripa, in l. admonendi, num. 36. ff. de iure iur. Parisius, cons. 7. n. 5. lib. 3. Curtius iunior, cons. 92. n. 10. circa medium, Aym. Crauet. cons. 956. nu. 3. & 4. Bellon. cons. 23. post numer. 3. Neuisan. cons. 12. num. 10. circa medium, Menoch. cons. 1. nu. 95. Rota, in pluribus causis relatis ab Alexan. Ludoui. in d. decis. 409. num. 3. litera A. & in anotatione ad eam, d. litera A. y de la misma escritura presentada por el mismo don Diego se presume el error de los dichos reconocimientos, vt post Det. cons. 63. n. 6. tradit idem Alexand. Ludou. decis. 522. numer. 5. *Y para prouar auerse otorgado por error vn reconocimiento, o qualquiera otra escritura, basta estar prouado rem aliter se habere iuxta glossam, & DD. post Bartolũ in l. non fatetur, ff. de confessis.* Y este es vn axioma que se prueua tambien por el rescripto de los Emperadores Diocleciano, y Maximiano, in l. post diuisionem, C. de iuris & facti ignorantia, vbi asserunt: *si post diuisionem factam testamenti vitium in lucem emercerit ex ijs, quæ per ignorantiam confecta sunt præiudicium tibi non cõparabitur*, & ibi Paulus Castrens. n. 2. Iason, nu. 3. idẽ sentit iure consultus, in l. cum de indebito plura recenset Mascard. de probat. conclus. 64.

Y no es de menor importancia para conuencer de su injusticia al dicho don Diego de Castilla la perseuerancia que ha tenido Iuan Aluarez de San Martin, en pedir judicialmente se le mandasse al dicho don Diego q̃ exhibiesse la dicha escritura primitiua del censo, y la pertinacia, y resistencia que el dicho don Diego ha tenido, y hecho en no quererla exhibir, porque de semejante denegacion, y ocultacion resultó grande presuncion de falsedad del censo primitiuo, y que no se le ha de dar credito, iuxta text. in l. fin. propè finẽ, C. de fide instrum. ibi: *Quasi falsa cartula nullas vires habeat*, l. cum quieclauit ad legem Cornel. de falsis, l. si procuratorem,

 §. dolo,

§.dolo,ff. mandati,Alex.Crauet.& alij quos refert, & sequitur Burgos de Paz, iunior, quæst. ciuili 5. nu.14.ad finem,numeri vbi ait: *& qui occultat scripturam præsumitur habere malam causam*, Ioann.Garcia, de nouilitate,gloss.1.§.2.num.42.& 43.ibi: *Præsumptio item est contra eum qui recusat exhibere, aut edere instrumentum*. Et infra: *Imo qui celat priuilegium, aut instrumentum, quod exhibere tenetur committit falsum*, ac rursus: *est enim vehemens præsumptio contra ipsum*, Inocentius, & Baldus quos refert & sequitur Hyppolitus de Marsilis, in repetitione rubricæ,ff de fideiussor.nu. 328 vbi sic inquit: *Imponitur silentium neganti sententiã esse latam pro se ad instantiam fortè appellantis, qui petit ipsam exhiberi, quia non habet copiam, nam tali neganti dictam sententiam pro se esse latam imponitur silentium, vt à modo illam non vtatur*. Et Paulo inferius subdit: *Idem esse in quolibet instrumento, quod facit pro aliquo, & illud debeat exhibere si negat se exhibere, quia negat illud habere inter dicitur sibi omne commodum, quod ex eo percipere possit, &c.* Hanc sententiam sequuntur plures relati à Fuluio Paciano, in tractatu cui incumbat onus probandi, lib.1.cap.19.numer.91. & rursus, cap.66. ex num.164. quam resolutionem dicunt veram esse etiam si de veritate instrumentorum nulla esset dubitatio, sed quia negarent se habere talia instrumẽta ea quæ celarent, quod etiam probatur in l.fin. ff.de reiuindicat.l.3.tit.3.partit.3.Authent.qui propriam,C.de non numer.pecun.l.cum de indebito, ff.de probat.l.si dubiter,§.ita demum,ff.de fideius. l.hæreditatum, §. fin.ff.ad legem falcidiam, l.qui cum se patrem fam.vbi Iason, ff. de re iudic. l.sed etsi ex part §.interdum,ff.quod cum eo &c.cap.1. §.vassalus si feudum,sub tit.si de feudo defuncti cõtentio sit inter dominum, & agnatum in vsibus feudorum,Paul.Castrens.cons.302.part.2.Francis. Beccius, cons.64. lib.1.Padilla,in l.quæstio, C.de fideicommiss.num.3.& seq.Anton.Gabriel, lib.5. suarum commun. tit.de adquiren. posses.quæst.5.

Gutierr.

Gutierr.in authent.Sacramenta puberum, nu.60. C.si aduersus venditionem, Anton. Thesaur. decis. Pedemontan.50.laté idem Pacianus, d.cap.19 per totum, Seraphin. de priuilegijs iurament. priuileg. 31.ex num.41.Ceuall.quæst.129. commun contra commun.tom.1.Cardinal.Tusch.verbo, mendax, tom.5.conclus.188.Castill.lib.3.quotidianar. controuersiar.cap.18. Ioann. Baptist. Cost.in tractatu de facti scientia,& ignorant. centuria 1.distinct.25. Henricus Rosental, de feudis, cap.10.de causis, ex qq. feudum amitatur, conclus.32.

Confirmantur supra dicta ex alia vehementissima præsumptione, quę resultat ex tanta tarditate producendi prędictum instrumentum census primitiuum. Despues de auer el dicho Iuan Aluarez dicho contra los reconocimientos, y pedidole que lo exhibiesse, y mandadolo assi el inferior, quo casu pro crastinatio est vehementissima falsitatis prę sumptio iuxta Pontificis, responsum in cap. nullus de præsumpt. ibi: *Nullus dubitat, quòd ita iudicium nocens subter fugit quemadmodum, vt absoluatur, qui est inocens quærit confitetur enim de omnibus quis quis subter fugere iudicium dilationibus putat*: idem in cap. christianis in fine 12. quęst. 1, & in cap. 1. de frigidis & malef. ibi: *Cur tandiu tacuit*. Secundo probatur Iureconsul. responsis, vt in l. si quis forte 60. post principiū, ibi: *Qui tandiu contiquerunt*, & ibi: *Non enim debeant tā magnam rem tandiu reticere*, cum similibus. Tertio probatur grauissimorum virorum auctoritatibus, vt per Baldum in l.fraus post numerum primum, ff. de legibus, vbi ex longa dilatione in producēdo arguit instrumentum esse falsum ex cuius doctrina Iason 141.num.9.lib.4.Craueta, cons.864.nume.8. conuincunt de falsitate donationem ex silentio, & occultatione instrumenti eius, quod lacuerat quorūdam annorum spatio, quos sequutus est Morotius, responso 17.num.23.ibi: *Ergò eo ipso, quod fuit semper occultata hæc donatio falsa præsumitur*, & responso 47.

num.6.

num.6.ibi: *Ex hac inquam tarditate arguitur falsitatis suspitio, quod pendente iudicio instrumentum donationis falso compositum fuerit cum alioquin non sit verisimile, quod ipse moram fecerit in producendo instrumentum per quod sublata fuisset omnis actorum intentio, sic ex tarditate calumniosam exceptionem arguit Castrensis, cons.281.columna 1. vers Primo quia, lib.1. eodem modo, arguit dolum Baldus, in cons.37. sub num.5 lib.1 falsi verô suspitionem ex tarditate productionis arguit, Craueta subtiliter in cons.28. n.6. & cons.75.num.9. Osasc decis 117.nu.9.* Hactenus Morotius, & responso 69.num.46.eosdem ante signanos referendo Prosper.Farinac.cons.11.numer.3.& tom.4.praxis criminalis,quæst.153.part.9.nu.182. Idem de falsitate,quęst.150.par.7.maximè n.154. cum pluribus seqq. Idem Farinac. ibidem q.153. num.182.vbi pluribus exornat ex Craueta, Ploto, Castrés.Folerio,Cephalo,Menochio,Mascardo,& decis.Pedemontan.117.num.9.

SECVNDVS ARTICVLVS.

¶ Constito in pręcedenti articulo,que el dicho don Diego de Castilla no ha presentado titulo primitiuo del dicho censo perpetuo,que se refiere en los dichos dos reconocimientos, y que el que ha presentado es tan diferente,y que en nada conuiene con ellos, se fundarà en este, que el transcurso del tiempo en que han cobrado los reditos del dicho censo, no ha sido bastante para hazerlo valido, y menos para poder cobrar in futurum, quod suadetur ex seqq.

Lo primero,porque conforme a la mas comun y verdadera opinion para la validacion de los censos perpetuos, se requiere escritura con las demas solemnidades intrinsecas, y extrinsecas, conforme a las extrauagantes de Martino, y Calixto, in tit.de emption.& vendit.& iuxta gloss. cap.1.§. postquã de censibus, lib.6. cum pluribus allegatis á Zalazar

de

de vsu & consuet. & ab Aluaro Valasco, in tract. de iure emphit. á Bursat. consf. 26. num. 16. libr. 1. cùm alijs pluribus quos refert & sequitur Blasius Florez, variarum, lib. 2. quęst. 2. numer. 3. Felician. de censib. 1. part. cap. 9. n. 8. in fine, versic. Secunda docet, & n. 9. Donde parece, q̃ quiso defender cõtra Salazar q̃ no era necessaria escritura para la essencia del cẽso, pero in fine dize, ser necessaria en todas las partes dõde se recibio el propio motu de Pio Quinto, porque tãbien parece se prueua esta resolucion iure partitarum, in l. 28. tit. 8. part. 5. ibi: *E tal pleyto como este deue ser fecho por ambas las partes por escrito*, dõde la glos. de Gregor. Lop. dize, que se prueua lo mismo in l. 3. tit. 14. p. 1. ibi: *E deue fazer por carta de escriuano publico.* Y dize es la mas verdadera opiniõ de derecho comun, y el dicho dõ Diego, como queda dicho, no ha presentado escritura primitiua del dicho censo; & ita deficit in salutari, & nõ valet census ex defectu prædictæ scripturæ, y assi por ningun transcurso de tiempo ha podido adquirir q̃ aya censo, sin tener escritura de la fundacion del.

Y no puede valerse don Diego por escritura primitiua y originaria para validacion del dicho censo de la que tiene presentada por ser tan diferente de la que refiere en los dichos reconocimientos por escritura del dicho censo; & ita nõ puede valerse della por todo lo que queda alegado in præcedenti articulo.

Cæterum contra supra dicta, el dicho don Diego de Castilla dirá, que para ser amparado en la possession de cobrar los reditos deste censo, le basta el transcurso de diez años, porque con ellos se presume titulo solene, tradit Couarr. in regula possessor. 2. p. lib. 6. §. 4. num. 3. Felician. de cencib. lib. 3. cap. 1. á nu. 8. & lib. 1. cap. 9. á num. 10. quos refert & sequitur Blasius Florez, dict. lib. 1. quæst. 2. num. 7. & ante eum Josephus Mascard. de probat. conclus. 1372. numer. 1. Y auiendo pagado los dichos Juan Aluarez y su suegro los cincuenta y cinco años que en el hecho se refirieron

E

ron, tiene mas de lo que ha menester don Diego para cobrar in futurum los reditos del dicho cēso, quin imò le bastan para la propiedad: quia in hac materia est iure constitutum, quod etiam in rebus magni præiudicij, si intercesserit spatium longissimi temporis, nempè triginta, vèl quadriginta annorum præsumitur titulus iuxtà test. in cap. peruenit cùm glos. in verbo, triginta annis, de empt. & vendit. vbi disponitur, quod spatium triginta annorum, & non minus in alienatione facta per maritum in re dotali facit præsumi solemnitatem ad transferendum dominium, plura congerit Mascard. d. conclus. 1372. n. 92.

A esta dificultad y fundamentos de derecho se responde, que no solo no bastan los diez años, ni los cincuenta y cinco de la possessiō, que de cobrar el dicho censo parece auer tenido el dicho don Diego y sus predecessores, pero aunque huuieran cobrado las pagas de tiempo inmemorial, porque aunque es verdad que la possession inmemorial tiene tanta fuerça como el titulo, y como el mejor que se puede dessear, l. hoc iure, §. ductus aquæ, ff. de aqua quotidiana & æstiua cùm in numeris frustrá referendis; pero quando prouada la inmemorial, se presenta algun titulo q̄ la destruye, ò haze viciosa, queda deshecha la inmemorial, y qualquiera transcurso de tiempo queda vicioso y constituydo en mala fee el acreedor, quoniā á primordio tituli posterior formatur euentus.

Y quanto mas antigua la prescripcion y la possession de pagar y cobrar los reditos del censo, tāto peor, y tanto mas injusto el censo, cap. fin. de consuetudine: quia tantò grauiora sunt peccata, quantó diutius detinent infelicem animam alligatam, Alberic. in rubric. C. de vsuris. Joann. Lupus de vsuris, commentario 1. §. 3. num. 102. Paul. Castrens. cons. 223. Crauet. de antiquit. temp. 2. p. 4. p. principalis, num. 160. vers. Contrarium, Couarr. in reg. possessor, 2. p. §. 8. num. 4. ad finem, Menoch. de presumpt. præsumpt. 131. nu.

49. Menchac. controu. illustr. lib. 2. cap. 84. numer. 10. Mascard. de probat. conclus. 1372. num. 28. Burgos de Pax, cons. 15. num. 17. qui omnes tradunt ex tit. defectuoso, aùt illegitimo elidi immemorialem, quod eleganter exornauit D. Ludouic. de Hispan. primog. lib. 2. cap. 6. num. 66. ita dicens: *Si verò titulus vitiosus, aùt illegitimus sit eiusque qualitatis, vt causam præscribendi præstare nō possit, dicendum erit, quod si constet apertissimè titulum hunc dedisse causam, atque initium præscriptioni ex eo vis immemorialis præscriptionis omninò corruet, quod ostenditur solidissima ratione cùm titulus vitiosus, seù illegitimus præscribentes in mala fide constituit, l. quemadmodum, ff. de agricolis & cens. libr. 11. l. fin. §. sinautem, C. comunia, deleg. glos. in l. 2. C. de fide instrumentor. & iur. hast. fiscalis, lib. 10. reg. qui contrà, de reg. iur. lib. 6. Jason, in §. item si quis in fraudem, num. 45. Instit. de action. Boer. decis. 1. num. 54. Tiraq. de retract. lignag. in fine, num. 42. Præscriptio autem etiam immemorialis procul dubio cùm mala fide non procedit, text. sic communiter, atque indiferenter ab omnibus intellectus, in cap. fin. de præscription. per quem id opinatur Joan. Andr. Franc. & scrib. post glos. ibi in cap. 1. ad finem, de præscript. lib. 6. Angel. in §. furtiuæ quoque res, col. 2. Inst. de vsu cap. Mathæus Afflict. decis. 308. num. 10. Aimon Crauet. de antiq. temp. 4. p. cap. materia ista singularitatis testium, n. 19. DD. Couarr. in reg. possessor, 2. p. §. 8. num. 7. & §. 8. num. 4. vbi hanc dicit communem opinionem, de reg. iur. lib. 6. Paris. cons. 66. n. 128. lib. 3. idē cons. 26. n. 31. cū seqq. lib. 1. idē cons. 104. n. 154. eodè lib. idē cōs. 112. n. 34. & 35. eod. lib. Ant. Gab. lib. cōmun. opinon. tit. de præscript. conclus. 1. num. 39. & 40. & n. 57. idq; verissmum est; quamuis contrarium, & malè opinatus fuit Boer. decis. 30. num. 7. post Salicetum ab eo ibidem relatum.* Hactenùs Molina, lugar bien apropósito de nuestro intento, porque no se puede dudar auer el dicho don Diego presentado la dicha escritura por titulo primitiuo de su censo; y auiendo en el las diferencias que quedan ponderadas del censo reconocido por los reconocimientos, y que no puede auer cō-

sequen-

sequencia del a ellos, ni a la possession en que se funda no pudo el dicho titulo dar legitima causa para prescriuir: y assi han cobrado siempre los reditos con mala fee.

Igitur supuesto que no consta de la escritura primitiua y original del censo por el discrimen y diferēcia de las identidades, venimos a estar en la duda, de si quando se confessara sin perjuyzio de la verdad auer auido el censo que se refiere por los reconocimiētos: y la parte contraria quiere prouar, assimismo con los dos reconocimientos se juzgará como censo irredimible y perpetuo, an verò como censo redimible y abierto? en la qual duda algunos Doctores que refiere Felician. de censib. lib. 2. cap. 5. num. fin. resoluiendola con cuerdo y maduro consejo, tuuieron por verdadera resolucion que se ha de juzgar ser censo redimible, ex l. semper in obscuris, ff. de regul. iur. l. si ita scriptum in fine, l. apud Julian. §. scio, ff. de leg. 1. l. in minimis, & in l. qui concubinam, §. cùm ita, ff. de leg. 3. Y esta misma resolucion siguiendo al susodicho tuuo Pelaes de Mieres, de maioratib. in 2. æditione, 1. p. quæst. 40. num. 63. hanc eamdem sententiam sequutus est Gasp. Roderic. de annuis red. lib. 1. quęst. 15. n. 48. donde auiendo dicho in vers. Verùm, que frequētissimamente suele acontecer: *Magnam iniuriam fieri debitoribus, penès quos authoritates, seù tituli redditum esse non solent, & passim creditores possent abuti cælantes titulum, præsertim antiquum ad alias probationes, quæ in redditibus antiquis, & continuatis deficere non possunt confugiendo.* Que es lo mismo que en este censo y pleyto ha sucedido, por no auer querido durante la dilaciō deste pleyto exhibir el dicho don Diego el titulo de su censo auiendosele hecho tantos requirimientos y notificaciones de autos proueydos por el Alcalde, passados en cosa juzgada.

Tandèm para conuencer de calumnia a los acreedores que ocultan los titulos porque les pueden da-

ñar,

ñar, dize el dicho Gaspar Rodriguez in fine dicti, nu. 48. *Undè verius videtur, tùnc redditum redimibilem præsumendum esse in dubio, & sic quod lebius, & minus est, præsumemus iuxtà regulam dictæ legis semper in obscuris, l. nũmis, per alia iura suprà relata.*

Præterea subijciuntur suprà dictis la diuersidad de los reconocimientos, porque por el que hizio Benito Suarez dize, que reconoce por dueño al dicho don Diego de Castilla por razon de la propiedad de la tierra, y Juan Aluarez de San Martin dize, que los reconoce por razon del agua con que se riega la huerta, y estos son diferentes titulos, y con ninguno dellos cõuiene la escritura que don Diego ha presentado de Luys Fernandez Delgado, que dize es la primitiua deste censo: y asi no prueua el señorio ni la propiedad.

Iam veró, en quanto al señorio del agua tampoco lo tiene ni lo puede tener, como consta por la executoria presentada por Juan Aluarez, su data en onze de Abril de 1511. años, en la qual se declara pertenecer el agua tres dias en la semana a Daralgazi, y los demas al Zaydin, por donde consta, que don Diego de Castilla no tuuo señorio de la dicha agua en el Zaydin para poderla dar a censo a los herederos del dicho pago; porque no teniendola no la pudo vender: y asi Juan Aluarez reconocio señorio que no era cierto ni verdadero, porque el dueño del agua de Daralgazi son todos los herederos del dicho pago como los de el Zaydin en el suyo, y bien se vee que el don Diego de Castilla, de quien deriba el dicho don Diego de Castilla (que oy litiga) su derecho no tuuo señorio en el pago del Zaydin, ni derecho de propiedad, ni de agua, præ maximê, considerando que la executoria del agua se ganò a onze de Abril de 1511. y la fundaciõ del mayorazgo a quatro de Julio de 1524. años, q̃ son treze años despues.

Ex quibus omnibus infertur, que Juan Aluarez de San Martin tiene justicia notoria, para que se den

F por

por ningunos los dichos reconocimientos; y por libre ſu heredamiento del cenſo perpetuo: y en caſo q̃ eſto no aya lugar, por lo menos ſe ha de declarar por cenſo redimible, y auer cumplido el dicho Juan Aluarez con el depoſito que hizo por mandado de la juſticia inferior: & ita iudicandum ſperamus. Salua, &c.

El Licenciado Juan de Morales.